

规范性文件司法审查强度刍议

程程 闫尔宝¹

【摘要】 伴随社会管理事务日新月异的变化，既往狭义的规范性文件合法性审查标准无力应对愈发复杂的文件制定情形。在此背景下，以实质合法理念为指导，强调根据个案情况，对规范性文件的制定权限、规范内容与制定程序等要件采用不同介入程度的审查强度概念值得引起注意。规范性文件司法审查强度与具体行政行为司法审查强度、规范性文件合法性审查标准存在差别。这一概念的确立，在理论上，既体现出对极具专业优势的行政裁量权的尊重，又有利于落实规范性文件附带审查制度的设立初衷；在实践上，不仅可以妥善平衡依法行政目标与行政管理需求之间的关系，更能够保证由法院行使最终决定权，改变过于被动的文件审查现状。

【关键词】 规范性文件附带审查 审查强度 实质合法

【中图分类号】 :D925.3 **【文献标识码】** :A **【文章编号】** :1009—5675(2022)02—098—11

为有效落实《行政诉讼法》第五十三条及第六十四条确立的规范性文件附带审查制度，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《行诉法解释》）专门对规范性文件附带审查的适用事项加以明确，第一百四十八条便是就确认文件违法的各项标准予以规定。然而，伴随实践中行政机关滥用职权随意制定规范性文件的现象日趋严峻，目前法院对文件主要采取的形式合法审查方式，不仅严重威胁当事人的合法权益，更在根本上违背实质解决行政争议的审判宗旨。有鉴于此，有如通常行政诉讼中针对具体行政行为适用不同层次的审查强度，法院如何对各类文件情形进行更为深入的实质审查，应是当下关于规范性文件附带审查问题研究的重点所在。由于《行诉法解释》几乎未对法院适用审查标准时的介入程度作出明示，学界关于规范性文件司法审查强度的讨论十分零散，对何为规范性文件司法审查强度、如何划分文件审查强度等问题缺乏详细分析。因而，在相关法律规定与理论内容均较为薄弱的前提下，本文聚焦于规范性文件司法审查强度的内涵理解问题，并对这一概念与其他相关概念的区别以及研究价值等基础性理论问题展开讨论，以此提升对该命题的认知程度。

一、规范性文件司法审查强度问题的提出

（一）问题提出的规范基础

由相关法律规定可知，规范性文件司法审查强度问题的提出具备一定的规范基础。

1. 现行司法解释及相关文件规定肯定审查强度的适用空间。

首先，现行司法解释有关规范性文件违法确认标准的规定中包含不同程度的审查要求。尽管《行诉法解释》第一百四十八条确定了原则性的审查基准，但通过对这一条文进行具体解读，可以看出该规定实则涵盖介入程度不一的文件审查情形。比如，就实体审查而言，在判断规范性文件是否与“上位法规定相抵触”时，有关部门进行相应阐述时指出，此处的上位法范围除通常理解的法律、法规和规章外，还应包括法律原则在内。^[1]换言之，当规范性文件的内容涉及某项法律原则的规定时，法院除依据明文立法进行审查外，还需结合与之相关的法律原则要求进行更深层次的判断。而出于执行法律或弥补上位法空白的目的，实践中规范性文件的制定情况各异且大多附带宽泛的解释与裁量空间，这便导致法院在选择不同裁判依据的过程中，实际是对文件进行不同程度的审查。在程序审查方面，现行司法解释虽明确程序合法在规范性文件附带审查中的必要性，但当前的“严重违反制

作者简介：程程，南开大学法学院博士研究生，天津，300350；闫尔宝，南开大学法学院教授，博士生导师，天津，300350。

定程序”规定在理解上尚不明晰，并且与一般的制定程序违法相比，其为法院面对各种各样的制定程序情形确立了特定程度的确认违法标准。另外，通说观点认为，当缺乏有关规范性文件制定程序的明文规定时，法院应依据正当程序原理进行最低限度的判断，由此使得法院在对不同文件进行程序合法性审查时可能存在强弱程度之分。其次，在由最高人民法院发布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法（2004）96号）中，已经肯定法院对作为被诉行政行为依据的规范性文件进行合理、适当审查的做法。这里，与通常所理解的规范性文件合法性审查不同，合理适当的规定实质上为法院提出了更高的审查要求，要求法院对不同规范性文件适用不同的监督程度。

2. “明显不当”标准为审查强度的适用提供规范指引。

一般而言，《行政诉讼法》第七十条第六项新增的“明显不当”标准是指，行政行为的做出存在明显违背常识常理，或者无正当理由违背行政惯例、违反比例原则等情形。^[2]有观点指出，“明显不当”实际是一种有限的、较低程度的合法性审查要求。^[3]换言之，法院需适用这一标准所确立的审查强度对具体行政行为是否合法进行判断。然而，《行政诉讼法》及其司法解释中均未对规范性文件是否适用“明显不当”标准作出规定。可以说，立法方面的不足与当前较为片面、机械化的规范性文件审理状况息息相关。

对此，一部分观点支持将“明显不当”标准纳入规范性文件附带审查之中。如何海波教授主张，法院可以适用“明显不当”标准对规范性文件进行合理性审查。理由是，这一做法不仅可以对裁量空间广泛的行政权施加有力的监督制约，符合行政诉讼立法的根本宗旨；同时，只对明显不当的文件情形进行审查，还可以保证法院对行政机关所作决定予以必要的尊重。^[4]还有观点提出，“明显不当”标准意味着合理性审查在行政诉讼领域的正式确立，并蕴含在《行政诉讼法》第六条规定的合法性审查标准之中。而根据体系解释的要求，对于《行政诉讼法》及其司法解释中有关规范性文件合法性审查内容的理解，应当与前述诉讼立法规定保持一致，即法院应审查文件制定是否明显不合理。^[5]笔者对前述更新文件附带审查标准的观点表示肯定，同时需要特别指出的是，以《行政诉讼法》中规定的“明显不当”标准为切入点，关于这一标准能否以及如何适用于规范性文件附带审查中的讨论，与具体行政行为相似，根源上会引发针对规范性文件司法审查强度问题的思考。

（二）问题提出的司法实践背景

当前的行政审判实践中，法院确认规范性文件是否合法时遵循的审查尺度宽严不一。典型的如，在“安徽华源医药股份有限公司诉商标局案”¹中，法院对规范性文件进行严格审查，并将文件是否为相对人创设新的权利义务、制定内容是否符合法律原则、制定目的是否适当等作为主要考虑要素。针对原告安徽华源医药股份有限公司主张的《新增服务商标的通知》（以下简称《通知》）第四条有关过渡期规定的合法性问题，一、二审法院均表示，商标局针对过渡期的设置超越了自身法定权限，有关“同一天”的解释显然与《商标法》第三十一条不符，同时在事实上对新增服务商标申请做出了新的制度安排，因而确认该条款规定不合法。可见，法院确认案涉文件是否合法，除进行文义上的形式审查外，还特别对各项制定要件予以实质审查。^[6]正如一审法院在判决理由中指出的，《通知》中关于过渡期的规定，实际是商标局在未充分考虑其他可行方式的情况下，以对《商标法》第三十一条规定的“同一天”进行重新定义为代价。此处，法院对过渡期的创设是否符合比例原则进行审查。^[7]与之类似，在“郑晓琴诉浙江省温岭市人民政府土地行政批准案”²中，法院依据上位法精神对规范性文件是否合法作出谨慎判断。该案中，由温岭市政府制定的两个规范性文件规定将“应迁出未迁出的人口”及“已经出嫁的妇女及其子女”排除在申请个人建房用地和安置人口范围之外，明显与《中华人民共和国妇女权益保障法》等上位法精神不符，对广为社会所关注的“外嫁女”群体的合法权益造成严重损害，故法院认定案涉文件不得予以适用。

而在“李芝林诉司法部拒不公开国家统一法律职业资格考试真题及答案案”³中，由于规范性文件的制定是基于行政机关的专业优势及相关实际管理的需要，法院对其采取了较为宽松的审查尺度，给予其相当程度的尊重。对于《国家司法考试保密工作规定》第四条第三款确定的“国家司法考试工作秘密事项”，一、二审法院均认可出于加强国家司法考试保密工作的目的，司法部会同国家保密局依据《保守国家秘密法》及相关法律享有相应的文件制定权限，制定目的合法。二审法院更是表示，工作秘密

虽非《政府信息公开条例》明确规定的豁免公开事项，但由国家保密局参与制定的国家司法考试保密制度具有专业性和必要性，未与上位法规定相抵触，亦未对相对人合法权益造成损害。对于《2019 年国家统一法律职业资格考试公告》第六条第三项有关“不公布试题及参考答案”的规定，一、二审法院均承认司法部具有制定和发布该规范性文件的职责和权限，同时认可其基于计算机化考试形式的新变化等实际需要不公布试题和参考答案的合理性。对比前述案例不难发现，实务中法院附带审查规范性文件的确存在介入程度上的区别，即存在不同审查强度的适用。

综上所述，规范性文件司法审查强度问题的提出具备相应的规范基础与实践经验支撑。通常情况下，法院会因自身欠缺专业技能而尊重行政机关的规定，但考虑各类文件在性质种类等方面存在不小的区别，为缓解实际审查中可能引发的司法权与行政权之间的紧张关系，应当对其中涉及的审查强度适用问题予以重视。

二、规范性文件司法审查强度的研究意义

（一）理论意义

注重规范性文件司法审查强度的探讨，不但是出于司法权对行政权应予必要尊重的考虑，而且符合规范性文件附带审查制度的设立初衷，有利于真正实现个案正义。

1. 顺应行政裁量不受任意干涉的要求。

日常行政活动中，很多规范性文件的制定是对较为原则的上位法内容与最新政策任务进行细化落实，这便造成行政机关在制定文件时享有宽泛的裁量权限。法院虽享有对行政裁量活动的审查权，但其仍需尊重行政机关基于不确定法律概念所获得的判断余地，即法院不得随意干涉的独立领域。理由是，立法机关通过不确定法律概念授予行政机关只受有限司法审查的决定权，且行政机关因拥有更多的专业知识和经验优势，由其进行一定的自由权衡具备正当性。常见的判断余地情形包括，考试决定、公务员法上的考核、专家判断意见与政策性的行政决定等。^[8]依据这一原理，规范性文件附带审查过程中，鉴于行政机关在长期监管活动中积累了丰富的执法经验，对其以文件形式解决的行政专业性问题，法院不宜展开深入审查。诸如在食品卫生、信息科技等管制领域，行政机关制定的有关标准、工作条件等规范内容，因展现出强烈的行政专业性甚至政策性特点，法院应给予该类文件较高的尊重。

2. 有助于推动规范性文件附带审查制度的有效实施。

现实生活中行政机关乱发文件的情形时有发生，规范性文件附带审查制度的设立初衷，是希望从源头上避免行政行为以权谋私等侵害公民利益的现象发生。^[9]面对实践中数量庞大、质量良莠不齐的规范性文件，法院若一如既往地只进行形式合法性审查，不仅会在遇到立法模糊或缺位的状况时束手无策，更会将对相关事务进行规范的权力让位给行政机关，使司法监督沦为走过场。为避免规范性文件的制定任意侵犯相对人的合法权益，法院在对文件进行形式合法性审查的前提下，有必要对可能影响相对人权利义务的情形适用宽严不同的审查强度。审查强度代表法院以对各个规范性文件展开实质审查为目标，并且为确定文件是否符合理性提供较为直观的标准，从而促使规范性文件附带审查制度能够充分发挥其应有作用，保证相关行政争议得到彻底解决。

（二）实践意义

鉴于实践中经常出现的极具违法隐患的文件制定情形，以及考虑到法院过于消极的审理态度，提出规范性文件司法审查强度的命题具有不容忽视的实践意义。

1. 妥善平衡依法行政目标与行政管理需求之间的关系。

通过梳理我国规范性文件的制定现状可知,在欠缺明确上位法规定的条件下,某些文件的制定是为及时顺应政策形势提供依据,如为响应当前国家大力推行的自由贸易试验区建设方案,上海市有关部门依职权制定发布《自贸试验区关于内资企业变更业务纳入工商“一口受理”的公告》,对纳入新增工商“一口受理”服务范围的企业类型、变更事项等内容作出规定。又如,某些文件主要就行政给付性事项做出规定,如《财政部、工业和信息化部、科技部与国家发展和改革委员会关于完善新能源汽车推广应用财政补贴政策的通知》(财建[2020]86号)。然而,同样是基于立法模糊不清的前提,某些文件的制定是对上位法中行政处罚等义务性事项予以具体化,此时职权性特征明显的文件很可能会为相对人带来过多的负担。如在“王某某诉重庆市交通行政执法总队高速公路第一支队十一大队行政处罚案”⁴中,《重庆市高速公路行政处罚裁量标准(道路交通安全部分)》对所有违反道路通行法规的行为一律施予200元的顶格处罚,并未依据《道路交通安全法》中设置的法定裁量幅度结合个案进行区别处理,法院需仔细考虑案涉文件的制定是否合理。

产生上述不同情形的原因在于,随着行政权逐渐占据我国社会治理的主导地位,立法权与行政规范制定权之间愈发配置失衡。为防止社会发展陷入混乱无序的状态,立法者越来越多地认可行政机关以制定文件的方式,弥补立法供给不足的缺陷。在司法审查实践中,法院若因文件制定缺乏上位法依据或涉及相对人权益而一律不予适用,此种太过绝对的做法将会对正常管理秩序造成冲击。而如果将所有文件事项全部上升为行政法规、规章等法律规范,又不具有实际可操作性。对此,为使司法审判结果更好地与行政管理实践相协调,法院用于确认规范性文件是否合法的判断方法应更加丰富。不同审查强度的适用,既可以使法院区分各类文件的不同情形进行有针对性的监督,保证行政机关严格遵守依法行政的目标要求,又能最大限度地适应行政管理需求,发挥规范性文件在现实管理活动中的积极作用。

2. 有助于保障法院行使最终决定权。

司法实践中,法院对当事人提起规范性文件附带审查请求的态度往往十分消极,基本是照搬立法及司法解释规定简单判断文件是否明显违法,并倾向给予极大的尊重。虽有少数案例尝试对文件制定是否合理进行审查,但判决理由很少交代背后的裁判推理过程。⁵

我国法院习惯对行政机关依职权开展的活动保持高度尊重,但无论是何种行政自行决策的情形,法院借此为其换取的合法性注定是有限的。^[10]法院进行规范性文件合法性审查时亦是同理。面对实践中纷繁复杂的文件制定情形,只有保证法院始终处于中立地位不动摇,才能最大限度地发挥其审判监督职能,实现对规范性文件的实质合法审查。因而在规范性文件附带审查中,应当树立由法院一律对文件是否合法作出最终决定的观念。并且,为改变现实中司法消极应对的常态,审查强度的适用对实现前述目标内容具有重要意义。一方面,多元的审查强度能够促使法院更加能动地行使其审判权,同时有助于其决断能力的提高。另一方面,审查强度的确立可以为法院应对各种文件违法问题提供成熟的审查方案。法院可以结合个案情形选择与特定文件相适应的审查强度,从而有利于其对文件是否合法适当作出正确判断。

三、规范性文件司法审查强度的内涵界定

基于上述有关规范性文件司法审查强度的确立背景与研究意义的介绍,当务之急是必须合理准确地把握这一概念的内涵,这直接关系到个案中审查强度能否得到有效适用,并为后续问题的解决奠定扎实根基。

(一)当前的界定方式及存在的问题

就规范性文件司法审查强度的内涵界定而言,当前学界主要存在以下三种不同的理解方式。

1. 从合理性审查的角度来理解规范性文件司法审查强度。

基于修正后的《行政诉讼法》明确将“明显不当”列为行政行为合法性审查的标准之一，部分观点提出，这一变化实际表明了法院在行政审判中进行严格的合理性审查的必要性，进而推及至规范性文件附带审查的适用问题，认为针对文件合法性审查内涵的理解，亦应延伸至合理性审查的程度。如有学者提出，法院应当将合理性审查视作确认文件是否违法的独立标准之一，且其核心在于强调在某些专业性较强的领域，法院需妥善决定是否给予一定的司法尊重。^[11]另有学者主张，基于规范性文件自身的类型及法律效力状况，法院实际审查时需要视情况区别适用不同强度的审查标准：对于解释性文件来说，法院应适用合理性审查标准确定其制定是否符合比例原则、有无考虑不相关因素等；而对于创制性文件，法院一般应尊重行政机关的解释。^[12]可见，前述观点以行政诉讼立法中确定的合理性审查要求为依据，认为法院有必要结合规范性文件的类型、专业属性或法律效力等特点，对文件进行更为深入的合理性审查，这在本质上即是强化司法权对行政机关文件制定权的介入程度。

2. 从实质合法的角度来理解规范性文件司法审查强度。

同样是出于对修正后的《行政诉讼法》增设“明显不当”标准的考虑，一些学者更为深刻的认定，此项包含正当性价值衡量要求的审查基准，实则意味着行政诉讼立法一直坚持的合法性审查标准的含义范围，应当扩展至幅度更宽阔的实质合法层面。由此，关于规范性文件合法性审查标准的理解适用，也应遵守实质合法的根本诉讼理念。基于此种立场，有学者提出，法院进行规范性文件合法性审查需要兼顾形式与实质两方面的要求。除需确认文件制定是否存在明显违法情形外，实质合法要求法院需依据立法精神、目的及基本原则等方法，判断文件有关相对人权利义务的设定等制定事项是否正当合理。^[13]还有学者提出，为遵守《行政诉讼法》中一贯采用的“合法性审查标准”，法院进行规范性文件审查需达到实质合法的层面，对行政机关要保持必要的尊重，并表示这一做法属于法院审查的限度问题。^[14]应当说，虽然与第一种理解方式在概念界定上存在差异，但此处关于规范性文件实质合法的讨论，显然包括对文件制定是否合理的判断，因而从实质合法的角度依然表明，法院需联系个案对具体文件适用不同的审查力度。

3. 明确提出并使用规范性文件司法审查强度的概念。

目前，一些学者尝试就规范性文件司法审查强度这一概念进行单独定义。较为普遍的观点认为，所谓规范性文件司法审查强度，是指法院经综合考虑后决定在何种程度上对文件是否合法进行深入审查。有学者主张，当上位法依据匮乏且文件内容不涉及法律保留事项时，法院审查规范性文件是否合法，可以在权威性要素的指导下使用理性和实体法律原则等方法进行不同尊重程度的判断。^[15]然而，不同于前述见解，有观点则认为，规范性文件合法性审查的重点是对以法的要素为审查单位的确认，法院依据被诉行政行为确定与文件相关的审查要素，包括法律概念、行政裁量、法定权利义务、程序性规则等。在此前提下，规范性文件司法审查强度是指法院要审查一项内容还是多项，审查多项内容时选择哪几项内容、以何种顺序审查。^[16]

笔者认为，上述几种理解方式虽从不同角度对规范性文件司法审查强度作出解读，但均存在可商榷之处。

前两种理解方式并未直接就审查强度问题展开讨论，尽管其中亦使用包含审查限度或尊重程度等与审查强度密切相关的表述，但由于主要仍是以处理文件的合理性与合法性审查问题为落脚点，因聚焦问题层面的不同，相关解读不利于针对文件的审查强度展开系统、深入的研究。此外，前述两种理解方式存在相似的、难以克服的缺陷。一方面，由于现有研究并未厘清行政合法性审查与合理性审查之间的关系，因而从规范性文件合理性审查或实质合法审查的角度进行理解的方式，能否为文件审查强度的确立提供坚实、准确的基础，还有待斟酌；另一方面，前述两种解读均在一定程度上存在审查强度与合理性审查、实质合法审查概念的混淆使用，过于随意的界定方式并未减轻审查强度在理解上的难度，甚至会忽略文件司法审查强度概念的独特性。

第三种理解方式虽在很大程度上参照传统司法审查强度概念的定义，但现有观点在宏观与微观层面均有需要澄清之处。宏观上，现有主张均未对规范性文件审查强度与具体行政行为审查强度、文件合法性审查标准等关联概念作区分说明；微观层面，

不同观点针对规范性文件司法审查强度含义的解释各不相同，尚未使用统一、清晰的概念，仍会致使法院在审判实践中无从下手。可见，第三种理解方式有关规范性文件司法审查强度的阐述尚不全面，不同观点之间差异较大，且是否切实可行还需进一步观察。有鉴于此，有关规范性文件司法审查强度内涵的界定，在围绕这一概念展开详细分析的基础上，还需注意对当前存在的问题予以解答。

（二）本文的观点

本文以为，规范性文件司法审查强度是指，法院在实质合法理念指导下，出于平衡司法权与行政权关系的考虑，根据个案情况，对规范性文件的制定权限、规范内容与制定程序等要件进行审查时所选择的监督程度。该定义可以从以下几方面进行说明：

第一，这一概念的确立以实质合法为基本理念。

行政诉讼领域中，围绕合法性审查与合理性审查的关系问题一直存在争论。通常，将合理性审查视作一项独立审查标准的观点认为，其以行政行为是否符合立法目的、基本法律原则或具备正当基础作为判断标准，可以有效规范行政裁量权的行使，极具重要意义。然而，坚持合法性审查的观点指出，合法性审查本意是实现司法权对行政权的有效监督，而这种监督关系有其范围和程度的限制，如果将合理性审查视为与之并行的概念，无疑会打破此前的平衡状态，甚至造成司法权对行政权的过度侵犯。^[17]所以，持此类观点的学者提出实质合法的理念，即行政行为除需符合法律法规等形式合法要求外，还要满足基本法律原则、政策惯例及公序良俗等其他法律渊源的规定，明显不合理亦属违法。^[18]本文认为，根据《行政诉讼法》的现行规定，宜将实质合法性审查作为司法审查的统一标准，其中包含对合理性问题的判断。法院审理规范性文件亦应贯彻实质合法的基本理念，考虑文件制定是否存在违背上位法目的或精神、基本法律原则以及其他行政裁量不合理的情形。

第二，这一概念的界定涉及司法权与行政权之间关系的平衡。

通常有关行政诉讼领域中审查强度概念的界定，是指法院审查行政行为时所选择介入或干预的程度。^[19]不同于横向上法院可以受理的案件范围，审查强度强调法院审查的纵深范围，即法院能够在何种纵向程度上对行政行为是否合法进行审查。由此类推，规范性文件司法审查强度的核心要义，即是指法院在纵向维度上对文件合法性作不同程度的审查。同时，审查强度的法律性质决定，行政审判中法院应对其司法权与行政权之间的界限划分予以合理把握。在此期间，既需要满足对法定行政裁量权的必要尊重，又不得全然抛弃司法最终审查原则的要求。可以说，审查强度的确立，是要求法院在个案中尽力让司法权与行政权之间达到理性平衡的状态。由此，关于规范性文件司法审查强度内涵的界定，亦离不开对相关司法权与行政权之间权重配置关系的考量。进一步说，其要求对行政诉讼中法院与文件制定机关之间的权力和责任进行适当分配。鉴于分配事项是否合理直接影响到行政效率与公民合法权益的保护，为平衡各方面的利益，法院所适用的审查强度不可能一成不变。^[20]上至赋予行政权最低自主空间的高强度审查，下至以保证行政自治为主要目标的低强度审查，两者中间的法院与行政机关的权限分配随具体情况变化而变化。^[19]这便意味着，法院需结合案情灵活选择审查强度，合理划分哪些事项应当尊重行政机关的意愿，哪些事项由法院决定。

第三，这一概念与文件合法性审查标准存在差异。

审查标准是法院针对不同行政行为进行审查并作出裁判时遵循的各类准则的统称。^[21]按照笔者的理解，规范性文件的合法性审查标准是立法或司法解释所罗列的文件合法有效的要件。基于实质合法理念，法院对规范性文件合法性的评价，不但要审查文件制定是否在形式上满足各项要件，更要求其符合上位法目的或精神、基本法律原则等实质合法要求。参照《行诉法解释》第一百四十八条的内容，法院审理文件首先要对其制定权限、内容规定与制定程序三项构成要件进行确认，进而结合个案情况，围绕授权范围的确定、内容是否违背上位法目的或基本法律原则、程序是否严重违法等方面展开实质审查。这一过程中，一方面，与形式合法要求对应，法院采用既往狭义的合法性审查标准，仅需审查文件制定有无具备法定构成要件；实质审查则需对规范性文件展开细致入微的判断，特别在上位法模糊甚至空白的情况下，法院需审慎认定文件制定中裁量权的行使是否具备正当性。可

以说,相较通常所理解的合法性审查标准,规范性文件司法审查强度在其之上提出更高层次的要求,核心在于确定各项要件是否满足实质合法标准的判断。

第四,这一概念本身包含不同强度层次的划分。

由于法院确认规范性文件是否合法受到多重因素影响,以致在不同案件中适用的审查强度有所区别。

从域外情况看,美国法院对行政规则中内含的法律解释进行审查时,基于规则制定中涉及的立法授权、制定程序等因素,根据各个规则的情况采取不同程度的尊重。通常,对于经法定程序制定的立法性规则,法院若能确定法律授权行政机关解决相关政策问题,而该机关已做出合理解决,即确认行政解释合法。^[22]法院可援引《联邦程序法》规定的“恣意武断标准”进行判断,此时属于对行政权保持高度尊重的弱理性审查,只要求行政机关根据理由行事即可。^[23]然而,对于以解释性规则为代表的非立法性规则,由于其制定缺乏立法授权且未履行通告评论程序,难以确信其具有权威性,法院对该类规则应进行严格审查。^[22]在德国,法院判断行政命令是否合法受到立法授权、制定主体及立法监督机制等因素影响,其所确定的明显性审查、可支持性审查与强烈内容审查标准中,实际包含不同程度的司法介入。当行政命令的立法授权要求较松、有多个主体参与制定、或立法者制定了完备的监督机制时,法院会选择程度较弱的审查标准。^[24]

与域外经验相似,我国法院对规范性文件进行审查时,同样要考虑文件的制定依据、行政专业性、政策环境以及与相对人权利义务的关系等因素,从而选择与之适应的审查强度。例如,通常情况下,规范性文件制定所涉及的政策性因素越多,法院的审查强度越受到限制,而如果文件与相对人权利义务的设置联系越紧密,法院便越需要依法严格进行审查。

四、规范性文件司法审查强度与相关概念的区别

(一)与具体行政行为司法审查强度的区别

1. 适用对象的类别不同。

具体行政行为有羁束行为与裁量行为之分,法院适用审查强度仅针对裁量行为而言。如有学者提出,以裁量行为中的要件裁量与效果裁量、实体内容与程序内容等事项为判断依据,法院应视各个事项的情况采取合适的审查强度。^[25]而规范性文件附带审查中,考虑到各种文件制定均具有强烈的职权属性,为更好地保障相对人合法权益,法院的审查几乎覆盖所有文件类型。

2. 对行政机关事实认定的处理态度不同。

法院对具体行政行为的审理包括事实问题和法律问题,相应地对于司法审查强度的讨论也存在事实与法律两个方面。法院审查事实问题,主要基于行政机关调查收集的法定证据对案件所争议的事实进行认定,其关键是确定证明标准问题。^[26]事实问题适用审查强度,则是结合案情合理设置证明标准中司法权对行政权的介入程度。如在美国,法院对于行政机关事实认定的审查区分不同的强度。为确保行政机关所作事实裁定的真实有效,对关系相对人重大利益的,法院采取完全由其独立裁定的重新审理标准;至于其他行政行为,法院可视行政机关的判断与说明情况采取实质证据标准。^[20]

与具体行政行为不同,规范性文件的制定更近似于立法活动,行政机关制定文件是出于多方面的综合考虑,而不以有关事实为根据进行法律规范的涵射。另外,通过检索有关规范性文件制定的规定可知,文件涉及事实认定的部分主要存在于起草调研与备案审查之中。⁶可以说,规范性文件的制定更多是行政机关主观选择的过程,事实认定对其没有约束力。法院对规范性文件进行审查,如果存在相关的事实证据对某项要件或规定提供支持,也许更具有说服力,但却不能因欠缺事实证据而确认文件违法。

^[27]因此,立法规范一般将核实事实证据的要求排除在文件合法性审查之外。由此推之,规范性文件司法审查强度的适用对象亦仅

限于法律问题。

（二）与规范性文件合法性审查标准的区别

如前文所述，对规范性文件的合法性审查，既要达到形式合法要求，又要视个案情况判断其是否合理正当。而文件审查强度为不同条件下司法权介入行政权提供了路径，其一方面反映了合法性审查标准的要求，另一方面则表现出法院对待不同文件的审查态度与判断方法上的差异。具体说明如下：

1. 制定权限的审查。

虽然立法为规范性文件确定了实质合法性审查标准，但就通常的行政审判活动来说，法院主要是按照形式合法性要求进行文件审查。在制定权限方面，行政机关制定的规范性文件如存在超越法定事务管辖权、地域管辖权或层级管辖权等情形，法院可以超越职权为由直接确认违法；对于由法律、法规或规章专门授予行政机关制定权限的，文件制定如果超越其明确授权范围亦应确认违法。

不过，考虑到实践中许多文件均通过概括授权的方式制定，作为行政机关得以实施行为的先行条件，法院必须从严审查涉及权限规定的解释及相关条件，才能从源头上避免行政权力的随意行使。^[19]换言之，针对超越授权范围的情形，法院有时不应止步于形式合法性审查，还要深入考察立法的实际授权状况，根据可确认的授权明确情形，认定文件制定权的行使是否涵盖在授权范围之内。审查强度的适用，主要是对据以判断文件并未超越授权范围的依据标准提出不同层次的要求，从而进行相适应的合法性审查。根据“授权明确性原则”的规定，立法授权时必须明确其授权的内容、目的和范围，具体可以从立法主体是否已经提供可理解的决策方针、适用对象的可预见性等方面进行考察。^[24]不过，目前有关“授权明确性原则”的解释仍比较抽象，将其应用于规范性文件制定权限的审查需注意以下两点。一是，文件制定若是与相对人的基本权利等重要权益越紧密相关，法院对授权明确的要求应越高。^[28]与之对应，审查强度也应随之提高。二是，考虑到立法授权难以消除的模糊性，一般承认对“授权明确”的判断无须太过苛刻。借鉴德国法上的“阶层式明确原则”，法院应视各个领域不同受规范生活事项的特性，同时兼顾法律规范的目的，确定不同程度的明确性。^[29]我国法院可根据各种授权文件制定中对某一领域事项特性和规范要求的反映，进行不同程度的明确性审查。具体表现上，若授权所规范的事项具有专业性或经验性的特征，法院依据现有立法规定及相应的解释得出容易接受的结论，则因授权规范事项的属性及规范目的大致清楚，法院一般可推定立法授权符合明确性的要求。此时，法院只需对文件制定有无超越授权范围适用较低强度的审查，即在推定文件具备明确授权依据的基础上，直接判断文件的制定权限要件是否违法。

2. 制定内容的审查。

《行诉法解释》第一百四十八条规定的文件内容违法包括两种情形：一是与法律、法规或规章等上位法规定抵触；二是没有法律依据，违法增加相对人义务或减损其合法权益。就审查标准而言，法院审查文件是否合法，大多采用文义解释的方法判断文件是否与上位法规定直接抵触，或是违背法律保留原则而严重损害相对人合法权益。其主要审查文件内容是否符合形式方面的合法要求，如文件不得随意对上位法确定概念进行扩张或限缩解释、增设或限制上位法规定的适用条件等。同时，法院适用法律保留原则可以《立法法》第八条中“只能制定法律”的规定为参考，若文件有涉及国家主权、犯罪和刑罚、剥夺公民政治权利或限制人身自由等重大事项的内容，其因明显违反法律保留原则应不予适用。

就审查强度而言，法院对规范性文件内容是否合法的评价，还可以结合有关法律保留原则层级划分的理论分析，运用相关立法目的或精神、基本法律原则等方法对各类文件情形进行更为灵活的审查。首先，鉴于当前学界关于法律保留范围的划分仍存有不同意见，本文认为，以适应特定时期的社会发展与治理目标为根本取向，有必要适当放宽由立法所规定的事项范围。对此，德国法上通用的“重要性理论”可以提供积极借鉴。根据这一理论的规定，现实生活中必须由立法规定的仅限于公民基本权利、具有争议的社会议题等特别重要的国家事项。^[8]因此，根据事项重要性的大小，立法机关赋予了行政机关一定范围内自行决定是否

以及如何制定规则的权力。我国立法实践中，除前述《立法法》规定的重要事项外，对于具有鲜明授益性特征或为及时实现行政政策任务的内容，因此类事项自身较为特殊的属性，出于提高行政效益的考虑，或可认为立法承认行政机关能够依法自行进行规范。于是，法院需谨慎思考法律保留原则在规范性文件附带审查中的应用范围，在此基础上对文件进行适当强度的审查。

其次，操作方法方面，法院适用审查强度的过程中，常常依赖比例原则、平等原则以及目的解释等方法的运用。应当明确，即便法院适用最低强度进行文件审查，其针对制定内容是否明显不合理的判断也应符合一般的理性认知，如按照平等原则的要求，行政机关所规定的文件内容需满足相同情况相同处理，不得存在故意的歧视或偏袒。而面对现代社会发展中行政权极大扩张带来的治理纠纷，为改变实践中法院一律采取高度尊重的消极做法，适用自身制约效果强烈的比例原则尤为必要。因而，法院对文件进行较高强度的审查，应按照比例原则各项构成要件的要求，就文件制定涉及的内容事项与其制定目的之间的关系进行衡量。一般而言，文件制定所采取的手段内容要与其目的相关联，并且在众多可以实现同一目的的手段之中，应选择对相对人产生最少不利影响的，最后文件内容规定所欲实现的利益，应与其所造成的损害之间成比例。另外，文件内容若涉及基本权利等重大事项，或可能严重影响相对人的法定权利义务，此时法院有必要对文件制定目的进行正当性审查。

3. 制定程序的审查。

《行诉法解释》第一百四十八条规定，规范性文件制定未履行批准、公开发布等严重违反制定程序的，法院可确认文件违法。按照形式合法性的要求，法院仅需审查文件的制定有无包括批准、公布程序在内。可是，前述规定实际上对程序的审查范围和违法程度均提出要求，而较为简单的形式审查距这一要求仍相差甚远。因此，个案中法院需适用审查强度对制定程序进行深入审查。

对于制定程序的审查范围，也就是规范性文件制定需具备哪些程序环节，结合程序正义理论，愈发完备的程序环节可以为法院确认文件实质合法提供正当依据。程序正义理论的宗旨是要求行为实施的环节必须符合正义、公平等价值。纯粹的程序正义观念强调，通过履行完善的程序系统必能实现结果的公正。^[30]我国法律尚未对规范性文件制定程序作出统一规定，法院能否仅凭批准、公布程序确认文件程序合法，需要具体情况具体分析。现行规范中关于文件制定程序的规定除批准、公开程序外，还包括制定机关合法性审核、登记编号、集体讨论与备案等。基于程序正义的目标，行政机关制定文件时程序的环节数目越多、与相对人行使法定程序权利及文件成立生效的联系越密切，在程序层面意味着文件的制定越公开公正，此时法院给予规范性文件的尊重程度便越高。

实质合法性理念下，法院进行规范性文件程序审查需遵循更高的合法性要求。以公开程序为例，较高强度的文件审查要求，法院除确定文件制定具备公开程序要件外，还需确保文件公开后被公众所知悉，防止其仅仅在有限范围内公开。另外，法院审查涉及相对人权利义务设定的负担性文件时，应对公众参与程序的合理履行适用较高的审查强度，包括具备广泛的参与人选、来自不同领域利益分配均衡的代表结构与高效便利的参与模式等。对相对人就程序履行情况提出的质疑，制定机关须给出正当的理由说明。

五、结语

本文重点探讨了规范性文件司法审查强度的理解方式，详细分析了其与具体行政行为司法审查强度、规范性文件合法性审查标准等范畴之间的差异。论述过程中，对规范性文件附带审查中法院适用审查强度的基本要求作出了初步界定，揭示出规范性文件审查强度适用的核心在于处理好司法权与行政权之间的关系，并充分贯彻更为深刻的实质合法性审查理念。个案中，法院有必要综合考虑可能影响审查强度选择的多元因素，分别从文件的制定权限、内容规定与程序履行等方面展开不同程度的理性审查。另外，由于本文主要是针对规范性文件司法审查强度概念界定所作的基础性研究，有关其适用情形及实践操作等问题，将在后续研究中展开进一步探讨。

参考文献:

- [1]最高人民法院行政审判庭. 最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用(下)[M]. 北京: 人民法院出版社, 2018:697.
- [2]史笔, 曹晟. 新《行政诉讼法》中行政行为“明显不当”的审查与判断[J]. 法律适用, 2016(8):24-25.
- [3]江必新. 新行政诉讼法专题讲座[M]. 北京: 中国法制出版社, 2015:265.
- [4]何海波. 论法院对规范性文件的附带审查[J]. 中国法学, 2021(3):61.
- [5]于洋. 论规范性文件合法性审查标准的内涵与维度[J]. 行政法学研究, 2020(1):104.
- [6]朱芒. 规范性文件的合法性要件: 首例附带性司法审查判决书评析[J]. 法学, 2016(11):157.
- [7]王天华. 框架秩序与规范审查: “华源公司诉商标局等商标行政纠纷案”一审判决评析[J]. 交大法学, 2017(1):172.
- [8]哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟, 译. 北京: 法律出版社, 2000:133-138, 110.
- [9]全国人大常委会法制工作委员会行政法室. 《中华人民共和国行政诉讼法》解读与适用[M]. 北京: 法律出版社, 2015:118.
- [10]何海波. 实质法治: 寻求行政判决的合法性[M]. 法律出版社, 2009:359-360.
- [11]赵雪雁. 规范性文件司法审查标准的重构[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2019(5):146.
- [12]沈开举, 任佳艺. 行政规范性文件附带司法审查的实现机制研究: 美国经验与中国探索[J]. 湖北社会科学, 2018(9):139-141.
- [13]张婷. 行政诉讼附带审查的宪法命题及其展开[J]. 法学论坛, 2018(3):122.
- [14]陈良刚. 规范性文件一并审查的范围、标准与强度: 以方才女诉淳安县公安局治安行政处罚案为例[J]. 法律适用, 2017(16):93-94.
- [15]俞祺. 规范内容合法性的不同面向及其适用限度: 兼论规范性文件合法性审查的不同层次[J]. 浙江理工大学学报(社会科学版), 2016(1):69-70.
- [16]杨小军, 姚瑶. 行政规范性文件的司法审查强度研究[J]. 法治现代化研究, 2020(3):8.
- [17]程琥. 行政诉讼合法性审查原则新探[J]. 法律适用, 2019(9):84.
- [18]何海波. 试论行政行为“明显不当”[J]. 法学研究, 2016(3):73-74.
- [19]杨伟东. 权力结构中的行政诉讼[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008:173, 181, 190-191.

[20]王名扬. 美国行政法[M]. 北京: 中国法制出版社出版, 2005:668-669, 676-689.

[21]解志勇. 论行政诉讼审查标准: 兼论行政诉讼审查前提问题[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009:5-6.

[22]JEFFREY S. LUBBERS. A Guide to Federal Agency Rulemaking[M]. 5th Ed. The American Bar Association, 2012:453-454, 548.

[23]JACOB GERSEN, ADRIAN VERMEULE. Thin Rationality Review[J]. Michigan Law Review, 2016(114):1355, 1394.

[24]翁岳生. 行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2009:586, 532-536.

[25]王贵松. 论行政裁量的司法审查强度[J]. 法商研究, 2012(4):74.

[26]王锴. 行政诉讼中的事实审查与法律审查: 以司法审查强度为中心[J]. 行政法学研究, 2007(1):105-106.

[27]章剑生. 论行政诉讼中规范性文件的合法性审查[J]. 福建行政学院学报, 2016(3):14.

[28]周乐军. 行政规范性文件的生成形态及其类型化: 基于功能主义的观察[J]. 法学论坛, 2019(3):66.

[29]林明锵. 德国新行政法[M]. 中国台北: 五南图书出版公司, 2019:104-105.

[30]约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 何包钢, 廖申白, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988:80-82.

注释:

1 该案中, 原告安徽华源医药股份有限公司以缺乏事实依据和法律依据为由请求撤销被诉《同日申请协商通知书》, 并主张《新增服务商标的通知》第四条将 2013 年 1 月 1 日至 1 月 31 日期间在相同或类似新增服务项目上提出的注册申请均“视为同一天”的过渡期规定, 违反《商标法》第三十一条的规定。参见北京市知识产权法院(2015)京知行初字第 177 号行政判决书; 北京市高级人民法院(2016)京行终 2345 号行政判决书。

2 该案中, 原告郑晓琴因系出嫁妇女, 属于案涉文件《温岭市个人建房地管理办法》与《温岭市工业城二期用地范围房屋迁建补偿安置办法》中规定的“应迁未迁人口”, 经法院审批同意的相关个人建房地申请中未将其包括在内。原告起诉请求撤销温岭市政府的审批行为, 并确认前述两个规范性文件不合法。参见浙江省台州市中级人民法院(2015)浙台行终字第 186 号行政判决书。

3 该案中, 原告李芝林因司法部拒不公开国家统一法律职业资格考试真题及答案向法院起诉, 请求撤销被诉《政府信息公开告知书》, 并要求附带审查规范性文件《国家司法考试保密工作规定》第四条第三款以及《2019 年国家统一法律职业资格考试公告》第六条第三项规定的合法性。参见北京市高级人民法院(2020)京行终 3396 号行政判决书。

4 参见重庆市江津区人民法院(2013)津法行初字第 00022 号行政判决书。

5 例如, 在“俞阿九与杭州市人民政府行政复议案”中, 法院表示涉案文件《杭州市人民政府办公厅关于印发〈杭州市区国有土地上房屋征收范围内未登记建筑认定办法〉的通知》的有关内容, 是对其上位法《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十

四条的细化规定，不存在明显不当之处，却未对其所得结论的理由予以说明。参见浙江省高级人民法院(2019)浙行终 2148 号行政判决书。

6 例如《成都市行政规范性文件管理规定》中要求，行政机关起草文件需要对其拟解决的问题和确定的内容进行调研论证，并在报请有关部门审议时，提供有关文件起草的依据说明与征求意见的材料等；《青岛市行政规范性文件管理办法》中规定，文件报送政府法制机构备案时，备案机关需要对制定过程中的征求意见情况、集体决策情况等事项进行审查。